

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1999): cuarenta años de jurisprudencia sobre el derecho a la información

The European Court of Human Rights (1959-1999): 40 Years of Jurisprudence on the Right to Information

RESUMEN: El artículo analiza los principales argumentos de las 25 resoluciones emitidas por Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho de la información, centrándose en los casos de conflicto entre el derecho a la crítica y el derecho al honor, el derecho a la información y especial protección de la infancia y juventud, el derecho a la creación de nuevos medios y la autorización estatal; y en los problemas que plantean las comunicaciones comerciales, los juicios paralelos y el secreto profesional del periodista. Presta especial atención a la distinción entre los conceptos de libertad de expresión y derecho a la información, como premisa para la valoración de las resoluciones del órgano jurisdiccional europeo.

Palabras clave: derecho de la información, derechos personales, derecho europeo.

ABSTRACT: *The article analyzes the main arguments of the 25 resolutions given by the European Court of Human Rights about the right to information, focusing on the cases of conflict between the right to criticism and defamation, the right to information and the special protection of childhood and youth, the right to create new media and licensing policies; and on the problems risen by the commercial communications, the parallel trials, and the Newspersons' Privilege. It deals specially with the distinction between the concept of freedom of speech and right of information, as a premise to evaluate the resolutions of the jurisdictional European organ.*

Key words: *Media Law, Privacy, Defamation, European Jurisprudence.*

Desde su creación en 1959, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto veinticinco casos sobre el derecho a la información. Los últimos diez años, en los que se han publicado 21 de esas resoluciones, han supuesto un notable incremento de actividad del órgano jurisdiccional del Consejo de Europa.

En la actualidad son 39 los países europeos firmantes del Convenio de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹ para quienes las decisiones del Tribunal son vinculantes (sólo Turquía y Malta han preferido no verse obligadas por sus resoluciones): Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Rusia, San Marino, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania. Dato que manifiesta la relevancia de esta institución europea para una interpretación homogénea de la extensión y límites de cada uno de los derechos reconocidos, y en el caso que aquí interesa: el del derecho a la información².

Sin entrar en la cuestión de la renovación que ha tenido lugar en el Tribunal –a partir de la ratificación del Protocolo n. 11, en octubre de 1997, y que ha afectado a su organización, procedimiento y contenido de resoluciones– es imprescindible señalar uno de los cambios más significativos: la Comisión Europea ha dejado de actuar como filtro de las demandas. Una

¹ “Los derechos humanos y libertades públicas introducidos en el Convenio de Roma admiten diversas clasificaciones, atendiendo a su atribución desnuda al hombre, que permite separar los derechos que conciernen al individuo como persona física, o en su condición de hombre político y hombre social; pero también admite su diversificación, observando el contenido, la naturaleza y estructura de los derechos, distinguiendo entre libertades negativas y libertades positivas, derechos de abstención y derechos prestacionales, entre derechos individuales y derechos funcionales, entre derechos, libertades y garantías institucionales” (BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (pr.), *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de derechos humanos: Comentarios a la línea jurisprudencial administrativa del Tribunal de Estrasburgo*, Civitas, Barcelona, 1996, p. 44).

² Ciertamente el papel del Tribunal responde al “carácter subsidiario” del mecanismo europeo de control, tal y como lo evidencia el Convenio, sobre todo en sus artículos 26 y 30. “No pretende reemplazar ni suplantar al Derecho interno, que sigue siendo el principal instrumento de protección de los derechos y libertades fundamentales; tiene por función añadirse y superponerse a éste, completarlo si es preciso, remediar llegado el caso sus lagunas, carencias o flaquezas” (EISEN, M-A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (trad.), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1985, p. 81).

función que, si bien provocaba retrasos y una limitación para que los particulares recurrieran directamente al Tribunal, era de algún modo necesaria. En cifras ofrecidas por el mismo Consejo de Europa en su página web –www.dhcour.coe.fr– en 1997 la Comisión atendió 4750 demandas, mientras que el Tribunal había resuelto en el mismo periodo de tiempo 119 casos. Es decir, el promedio de demandas que finalmente llegaban al Tribunal era el de un 2,5%. El estudio de las consecuencias de la reforma del Tribunal Europeo queda para los técnicos, pero estas cifras hablan de que la amenaza de colapso es una posibilidad real.

El presente artículo tiene como objetivo mostrar la evolución jurisprudencial del Tribunal sobre el derecho a la información –derecho contenido en el art. 10 del Convenio– y señalar los planteamientos sobre los que fundamenta su particular comprensión de este derecho.

Se trata de ofrecer una visión general, que no entra al detalle de cada resolución, pero que permite trazar las principales líneas de interpretación del órgano jurisdiccional europeo sobre el derecho de recibir y comunicar información o ideas.

1. *Los veinticinco casos sobre derecho a la información*

La evolución del Tribunal Europeo en materia de derecho a la información se verifica a través de los argumentos con los que ha explicitado el artículo 10 del Convenio. Por eso resulta interesante observar, aunque sea en sus rasgos más generales, la diversidad de situaciones planteadas por los demandantes en los veinticinco casos resueltos por el Tribunal. No se han incluido aquí aquellas resoluciones sobre el artículo 10 en las que no ha habido intervención de medios de comunicación social³.

1. *Handyside v. Reino Unido*⁴. Resolución de 7 de diciembre de 1976. Acerca de la condena de un editor, y el secuestro y requisamiento de un libro de conformidad con una ley inglesa sobre publicaciones obscenas. El Tribunal dio particular importancia al hecho de que el libro se dirigía a menores.

³ Como ocurre, por ejemplo en los casos *Leander v. Suecia*; *Piermont v. Francia* y *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*; resoluciones de 26 de marzo de 1987, de 26 de abril de 1995, y de 13 de julio de 1995, en *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 116, nº 314 y 316B respectivamente.

⁴ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 24.

2. *Sunday Times v. Reino Unido*⁵. Resolución de 26 de abril de 1979. El Tribunal juzga si las restricciones aplicadas al ejercicio del derecho a la información en virtud del *contempt of court* –prohibición de hacer comentarios sobre los procesamientos en trámite y proteger de ese modo la libre administración de justicia– son lícitas según el artículo 10 del Convenio.

3. *Barthold v. Alemania*⁶. Resolución de 25 de marzo de 1985. Sobre la condena, por práctica de competencia desleal, de un veterinario que realiza publicidad indirecta en contra de lo establecido por el código deontológico de la profesión.

4. *Lingens v. Austria*⁷. Resolución de 8 de julio de 1986. Acerca las medidas que se tomaron contra un periodista –de condena, secuestro de un artículo y exigencia de publicar en su revista el fallo de una sentencia– por no respetar el honor de un personaje político.

5. *Barfod v. Dinamarca*⁸. Resolución de 22 de febrero de 1989. El Tribunal juzga la condena por difamación de un ciudadano que había publicado un artículo crítico contra la autoridad judicial.

6. *'Mark Intern' verlag Gmbh y Klaus Beermann v. Alemania*⁹. Resolución de 20 de noviembre de 1989.

Sobre la condena por competencia desleal a una revista especializada que publicó un artículo criticando una práctica comercial de una empresa.

7. *Groppera Radio y otros v. Suiza*¹⁰. Resolución de 28 de marzo de 1990. El Tribunal juzga si las prohibiciones a una estación de radio, de difundir desde Italia (a Suiza) y de retransmitir por cable en Suiza suponen una restricción injustificada del artículo 10 del Convenio.

8. *Autronic v. Suiza*¹¹. Resolución de 22 de mayo de 1990. Acerca de la denegación de licencia a una empresa de antenas parabólicas para recibir la programación emitida desde un satélite de difusión directa.

⁵ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n° 30.

⁶ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n° 90.

⁷ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A n° 103.

⁸ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n°149.

⁹ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n° 165.

¹⁰ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n°173.

¹¹ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n°178.

9. *Oberschlik v. Austria*¹². Resolución de 23 de mayo de 1991.

Sobre la condena a un periodista y al editor de una revista por difamación, por la publicación de unas declaraciones realizadas por un político en campaña electoral y del texto de la denuncia de la que fue objeto por las mismas.

10. *The Observer y the Guardian v. Reino Unido*¹³. Resolución de 21 de marzo de 1991.

Acerca de la prohibición a los dos periódicos de publicar las memorias de un ex-espía del Servicio de Seguridad británico.

11. *The Sunday Times v. Reino Unido*. Nº 2¹⁴. Resolución de 26 de noviembre de 1991.

El Tribunal juzga la prohibición de publicar la serialización de las memorias del mismo ex-espía británico.

12. *Castells v. España*¹⁵. Resolución de 23 de abril de 1992.

El Tribunal juzga la condena de un senador por injuria por la difusión en una revista de graves acusaciones contra el gobierno.

13. *Thorgeir Thorgeirson v. Islandia*¹⁶. Resolución de 25 de junio de 1992.

Sobre la condena por difamación de un periodista por la publicación de un artículo sobre la brutalidad policial.

14. *Schwabe v. Austria*¹⁷. Resolución de 28 de Agosto de 1992.

Acerca de una condena por difamación por la publicación de hechos de hacía 25 años, que se empleaban para criticar a un personaje de la vida pública por su falta de moral política.

15. *Informationsverein Lentia y otros v. Austria*¹⁸. Resolución de 24 de noviembre de 1993.

El Tribunal juzga si la negación por parte de un gobierno a conceder varias licencias para radio y televisión es una restricción injustificada del derecho a comunicar.

¹² En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 204.

¹³ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 216.

¹⁴ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 217.

¹⁵ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 236.

¹⁶ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 239.

¹⁷ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 242-B.

¹⁸ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, nº 276.

16. Casado Coca *v.* España¹⁹. Resolución de 24 de febrero de 1994.
Acerca de una sanción que impuso el Colegio Profesional de Abogados a uno de sus colegiados por hacer publicidad en un periódico.

17. Jersield *v.* Dinamarca²⁰. Resolución de 23 de Setiembre de 1994.
Sobre la condena a un periodista de televisión como cómplice de insultos y amenazas de corte xenófobo proferidos por los componentes de un grupo radical en una entrevista.

18. Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi *v.* Austria²¹. Resolución de 19 de diciembre de 1994.
El Tribunal juzga la prohibición a una asociación vienesa de difundir en un campamento de soldados una revista –frecuentemente crítica– sobre la vida militar.

19. Prager et Oberschlick *v.* Austria²². Resolución de 26 de abril de 1995.
Sobre la condena de difamación de un periodista, y del editor de la revista donde publicaba, por la difusión de un artículo en el que se criticaba a los jueces penales austriacos.

20. Goodwin *v.* Reino Unido²³. Resolución de 27 de marzo de 1996.
Acerca de la condena a un periodista por no desvelar sus fuentes informativas ante el juez.

21. De Haes y Gijels *v.* Bélgica²⁴. Resolución de 24 de febrero de 1997.
Sobre la condena de un periodista y un editor por difamación, al haber publicado en cinco artículos críticas contra la actuación de los magistrados en una sentencia de divorcio, en particular por su decisión acerca de la guarda de los hijos del matrimonio.

22. Worm *v.* Austria²⁵. Resolución de 29 de agosto de 1997.
Se trata de la condena de un periodista por la publicación de un artículo que se considera que puede influir en un caso que está juzgándose en los tribunales penales.

¹⁹ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n° 285.

²⁰ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n° 298.

²¹ En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n° 302.

²² En *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, n° 313.

²³ En *Recueil des arrêts et décisions*, 1996, II.

²⁴ En *Recueil des arrêts et décisions*, 1997, I.

²⁵ En *Recueil des arrêts et décisions*, 1997, V.

23. *Lehideux y Isorni v. Francia*²⁶. Resolución de 23 de setiembre de 1998. Acerca de la condena por apología de crímenes de guerra por un anuncio publicitario en prensa favorable al régimen colaboracionista francés.

24. *Fressoz y Roire v. Francia*²⁷. Resolución de 21 de enero de 1999. El Tribunal juzga la condena a dos periodistas por encubrimiento, por la publicación en un periódico de un informe de Hacienda referente a los ingresos de un personaje público, en el momento en el que su empresa negaba una subida salarial a los empleados. El documento era una fotocopia de declaración de impuestos que provenía de la violación del secreto profesional por parte de un funcionario.

25. *Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega*²⁸. Resolución de 20 de mayo de 1999.

Sobre la condena por difamación de un periódico que en varios artículos utiliza partes de un informe del Ministerio de Pesca en un contexto y en un tono sensacionalista. Se daba la circunstancia de que la administración había querido retrasar la publicación del informe precisamente por la controversia que se había originado durante su elaboración.

Veinticinco resoluciones que giran alrededor de siete cuestiones: "la prensa", término del Tribunal para referirse a la actividad periodística, los menores como sujetos especialmente protegidos ante los determinado tipo de contenidos, la comunicación comercial como integrante del ejercicio del derecho a la información, el difícil equilibrio entre la crítica y la reputación de los personajes e instituciones públicos, el secreto profesional, las limitaciones a los juicios paralelos en los medios y el derecho restringido a crear empresas de comunicación.

2. *Prensa, libertad de expresión y derecho a la información o el error de una terminología confusa*

Es relativamente frecuente en el lenguaje coloquial, en el periodístico, y sin duda aún en el jurídico el uso del término "libertad de expresión" para aludir a todas aquellas actividades fundadas en la capacidad de comunicación

²⁶ En *Recueil des arrêts et décisions*, 1998, V.

²⁷ En *Recueil des arrêts et décisions*, 1999, I.

²⁸ En *Recueil des arrêts et décisions*, 1999, III.

del ser humano. Por "libertad de expresión" se entiende tanto la libertad de expresión artística, como la libertad para comunicar las propias ideas acerca de cualquier materia o la libertad para transmitir conocimientos sobre la realidad. El texto del Convenio de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales, en su artículo 10, se mantiene en esta línea conceptual de la libertad de expresión:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, por cuanto implica deberes y responsabilidades, puede ser sometida a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la fama o de los derechos de otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Es lógico que sea así si se tiene en consideración que el Convenio es deudor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948²⁹. Ahora bien, el artículo 10 reconoce la libertad de expresión como un derecho que integra la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas, dando pie a la interpretación de que el derecho a la información, siendo diferente al derecho a la libertad de expresión, está comprendido en éste último³⁰. Por lo tanto, a partir del texto del Convenio, cabe hablar de dos derechos diferenciados: la libertad de

²⁹ Artículo 19: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión".

³⁰ Cfr. FREIXES SAN JUAN, T., *Las libertades informativas e integración europea*, Colex, Madrid, 1996, p. 50; y RIPOL CARULLA, S., *Las libertades de información y de comunicación en Europa*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 41-54. Este último autor interpreta que lo que reconoce fundamentalmente el art. 10 es el derecho a la información (emplea la expresión "libertad de información").

expresión y el derecho a la información; entendiendo que éste encuentra su marco de realización en la libertad de expresión. Muy posiblemente una de las claves que confirma tal entendimiento del artículo 10 es que se remarque en el texto un aspecto que ambos comparten: deben poder ejercitarse “sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas” (art. 10.1). Es decir, que debe existir un ámbito político-social caracterizado esencialmente por ser un espacio de libertad “frente a” la injerencia de las autoridades, para que puedan realizarse tanto la libertad de expresión como el derecho a la información.

Si a esto se añade el hecho de que en disposiciones posteriores al Convenio, el Consejo de Europa se refiere al derecho a la información como uno de los derechos reconocidos en su artículo 10³¹, entonces ya cualquier tipo de duda hermenéutica se disipa.

En cualquier caso, el Tribunal opta por emplear el término libertad de expresión para referirse a los dos derechos, aunque al aplicarlo en cada uno de los casos que se le plantean los diferencie, considerando que “el primero comprende al segundo en los términos del artículo 10 del Convenio”³². En mi opinión, confunde más que aclara con este uso de “libertad de expresión” para referirse tanto a casos de libertad de expresión como de derecho a la información.

El argumento más repetido en las veinticinco sentencias sobre derecho a la información es que el ejercicio de la libertad de expresión “es uno de los fundamentos esenciales” de la sociedad democrática y “una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres” (Handyside 49, p. 23; Sunday Times 23, p. 17; Lingens 39, p. 25; Bardfod 28, p. 12; Oberschlik 57, p. 25; The Observer y The Guardian 59, pp. 29-30; Castells 42, p. 22; Thorgeir Thorgeirson 63, p. 27; Informationsverein Lentia

³¹ Resolución 1003 sobre ética del periodismo, del Consejo de Europa, en DOC 6854, de 1993. Su sección II se encabeza con un significativo “El derecho a la información como derecho fundamental de las personas, editores, propietarios periodistas” y recoge que el derecho a la información “es un derecho de los ciudadanos. A ellos les corresponde el derecho de exigir que la información se realice con veracidad en las noticias y honestidad en las opiniones” (nº 8, p. 4). También se encuentran referencias al derecho a la información en el Convenio europeo de televisión transfronteriza, de la 5 de mayo de 1989, art. 9.

³² FREIXES SAN JUAN, T., op. cit., p. 50. Añade este autor: “Cuando el TEDH aplica el artículo 10 del Convenio, en el que se incluye dentro de la libertad de expresión tanto la libertad de opinión como la libertad de recibir o comunicar informaciones e ideas, no utiliza los términos libertad de expresión y derecho a la información” (ibid.).

y otros 38, p. 16; Jersield 31, p. 23; Goodwin 39, p. 50; De Haes y Gisels 37, pp. 233-234; cfr. Lehideux y Isorni 44 y 52, pp. 22 y 26; Bladet Tromsø y Stensaas 59, p. 29-30; Worm 47, p. 20).

En la mayoría de las resoluciones de manera implícita o explícita se señala que la “libertad de expresión” cumple esta función “sobre todo cuando a través de la prensa sirve para comunicar informaciones e ideas de interés general, a las que el público tiene derecho” (Sunday Times 65, p. 40; Informationsverein Lentia y otros 38, p. 16; y Observer y Guardian 59, pp. 29-30; Thorgeir Thorgeirson 63, p. 27; Worm 50, p. 22; y Bladet Tromsø y Stensaas 62, p. 31) Libertad de expresión que, al menos en los supuestos en los que intervienen medios de comunicación, se identifica con la actividad de la prensa de comunicar informaciones e ideas. Más aún, se insiste “en que a la función de los medios de comunicarlas se ajusta el derecho del público a recibirlas”.

Si se analizan los textos de las resoluciones se comprueba que existen dos insuficiencias, que quizá operen únicamente en el nivel del uso de los términos, pero que sin duda inducen a pensar que se corresponden además con una insuficiencia en los planteamientos conceptuales.

La primera de ellas consiste en el reduccionismo que supone identificar el derecho a la información con “comunicar informaciones e ideas de interés general a las que el público tiene derecho” en un único medio: la prensa. ¿Por qué no se abre la referencia a todos los demás medios de comunicación social?

En segundo lugar, mirando ya los planteamientos que subyacen en la afirmación de que la función característica de la libertad de expresión se cumple sobre todo “cuando se comunica informaciones e ideas (...) a las que el público tiene derecho”, ¿no habría sido más ajustado referir esto sólo al derecho a la información? ¿Por qué razón se insiste en el empleo del término “libertad de expresión”? ¿No será que falta por parte del Tribunal un concepto preciso de los dos derechos y que prefiere emplear “libertad de expresión” siguiendo literalmente la fórmula de reconocimiento del artículo 10: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”?

El texto del Convenio ha cumplido cincuenta años de existencia y es comprensible que su formulación requiera matizaciones, más cuando los órganos jurisdiccionales superiores de la mayoría de los Estados miembros han venido desarrollando una doctrina sobre la libertad de expresión y el derecho a la información mucho más acorde con la evolución de las actividades profesionales de la comunicación y con la comprensión de su función social.

Un ejemplo notorio de este enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial acerca de las libertades comunicativas lo representa el Tribunal Constitucional español, que ha consolidado una concepción dualista que distingue perfectamente derecho a la información y libertad de expresión³³.

Quizás cabría esperar del Tribunal Europeo esta misma flexibilidad y que abandonara de una vez la confusión de términos y de conceptos con las que opera en el ámbito del derecho de la comunicación, cuando menos para no incurrir en afirmaciones tan contradictorias con la naturaleza de la libertad de expresión como la que repite en *Goodwin v. Reino Unido* (39, p. 500), *Fressoz y Roire v. Francia* (54, p. 25) y *Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega* (65, p. 32): "En razón de los 'deberes y responsabilidades' inherentes al ejercicio de la libertad de expresión, la garantía que el artículo 10 ofrece a los periodistas está subordinada a la condición de que actúen de buena fe, de manera que elaboren sus informaciones exactas y dignas de crédito en el respeto de la deontología periodística". Cuando, en realidad, la libertad de expresión no puede estar condicionada a criterios de exactitud, de credibilidad o de deontología profesional. Criterios que, sin embargo, sí pueden tener sentido si se aplican al derecho a la información, en su vertiente fundamental de derecho a lo noticiable.

3. Información y el derecho a la especial protección de la infancia y la juventud

El caso *Handyside v. Reino Unido* —también conocido como del *Libro Rojo del Cole*— tuvo en su momento un gran eco por la circunstancia de que

³³ "(...) la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables". Fundamento jurídico 5, p. 185 de la STC 6/1988, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 82, 1988, pp. 174 ss.

"(...) la distinción (...) tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación". Fundamento jurídico 2, p. 926 de la STC 107/1988, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 86, 1988, pp. 921 ss.

el libro en cuestión se editó por las mismas fechas en prácticamente todo el territorio europeo. Apareció en primer lugar en Dinamarca en 1969, y a continuación se tradujo y se adaptó para las ediciones de Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, la entonces República Federal Alemana, Grecia, Islandia, Italia, Holanda, Luxemburgo, Noruega y Suiza.

El editor británico Richard Handyside, compró en 1970 los derechos para publicar en el Reino Unido *The Little Red Schoolbook*, un libro de educación sexual dirigido a escolares a partir de los 12 años, escrito por los daneses Soren Hansen y Jasper Jensen. Y envió para promoción varios centenares de ejemplares a periódicos y revistas.

El *Daily Mirror*, el *Sunday Times* y el *Sunday Telegraph* dieron cuenta del libro con un tono crítico, y anunciaron que realizarían gestiones ante el Director of Public Prosecutions –el equivalente al Ministerio Fiscal– a fin de exigir medidas contra su publicación. Esas medidas se tomaron, y se llegó a requisar a título provisional un número elevado de ejemplares. Pero, inmediatamente después del requisamiento, y antes de cualquier otra medida definitiva, Handyside envió más de 18.000 ejemplares a las escuelas que lo habían solicitado. Por este motivo, fue citado a comparecer ante los tribunales por violar la Ley sobre Publicaciones Obscenas vigente en el Reino Unido (ley de 1959, modificada por otra de 1964). El Tribunal le reconoció culpable de dos infracciones de ley, le puso una multa de 25 Libras, le ordenó al pago de costas –110 Libras– y dictó un auto de confiscación para la destrucción del libro.

Richard Handyside presentó una demanda contra el Reino Unido ante la Comisión Europea el 13 de abril de 1972, en la que denunciaba que las medidas que se habían tomado contra el libro no había respetado los artículos 9 y 10 del Convenio Europeo, y que la ley se le había aplicado de forma discriminatoria, por sus personales opiniones políticas.

El Tribunal de Derechos Humanos, en la sentencia publicada en diciembre de 1976, da la razón al Reino Unido. En ella busca un equilibrio entre la consideración de que el derecho a la información es “uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática” y “una de la condiciones para su progreso y para el desarrollo de los hombres”(Handyside 49, p23) y la especial protección que merece la infancia y la juventud.

Son dos las consecuencias inmediatas del carácter esencial del derecho a la información, en opinión del Tribunal de Estrasburgo:

a) que su ejercicio “es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente acogidas o consideradas como inofensivas o indiferentes,

sino también para aquellas que chocan, inquietan o ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población" (Handyside 49, p. 23).

b) que "toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que persigue" (Handyside 49, p. 23).

En su resolución, el órgano jurisdiccional se cuestiona si fueron proporcionadas las medidas que se decretaron. A primera vista eran un tanto extremas. Sin embargo, el Tribunal estima que sí fueron proporcionadas "para proteger a la juventud, a título provisional, contra un daño moral sobre cuya existencia debía decidir un juez (Handyside 59, p. 28). La circunstancia que determina el signo de la resolución fue el hecho de que el público hacia el que se dirigía el libro fueran "niños y adolescentes de 12 a 18 años e incluso, niños aún menores, al estar redactado en un estilo libre, directo y concreto" (Handyside 52, p. 25).

El Tribunal Constitucional español repetirá varios de los argumentos esgrimidos en el caso Handyside en la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, acerca de la distribución en centros escolares de la traducción castellana del mismo libro. El Tribunal recogió entre otras las ideas de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos, siempre que cuente con las garantías adecuadas; en particular reproduce el argumento de que dentro de la protección de la moral el poder público tiene un especial compromiso en la protección de menores y jóvenes³⁴.

4. *Comunicación comercial y el derecho a comunicar y a recibir información o ideas*

La actividad publicitaria presenta algunas dificultades para considerarse incluida en el ámbito de protección de la libertad de expresión y del derecho a la información. Al tratarse de una modalidad de comunicación caracteri-

³⁴ No es ésta la única sentencia en la que el Tribunal Constitucional recoge la argumentación del Tribunal Europeo: la sentencia 6/1988, de 21 de enero recogerá las de los casos Handyside y Lingens; la 171/1990 de 12 de noviembre, los argumentos de los casos Handyside, Sunday Times, Lingens y Barthold; la 214/1991, de 11 de noviembre, los del caso Barthold; la 190/1992, de 16 de diciembre y la 336/1993, de 15 de diciembre, los del caso Castells; la 127/1994, de 6 de mayo, los de los casos Groppera Radio, Informationsverein Lentia y Autronic. Ver en FREIXES SAN JUAN, T., op. cit., pp. 102-118.

zada esencialmente por su finalidad comercial, los distintos ordenamientos jurídicos han prestado siempre una mayor atención a aquellos aspectos de la publicidad que pueden incidir en una alteración de las condiciones del mercado. Desde este punto de vista, la captación de clientes, la promoción de bienes y servicios, en definitiva, la creación de demanda para los productos deben estar regidas por los principios de veracidad y de competencia leal propios del buen hacer mercantil. Hasta tal punto pesa en la actividad publicitaria su dimensión económica que cada vez se emplea más el concepto de "comunicación comercial" para referirse a ella. La Unión Europea ha optado decididamente por este término en el Libro Verde de la Comisión sobre *Las comunicaciones comerciales en el mercado interior*³⁵, y la define como "todo tipo de comunicación que tenga como finalidad la promoción de servicios, los productos o la imagen de una empresa u organización entre los consumidores finales o los distribuidores"³⁶. Ahora bien, el mismo término "comunicación comercial" pone de relieve que el soporte básico de tal actividad es una acción comunicativa.

Todo esto explica que la tradición jurídica de prácticamente todos los países enmarquen la publicidad dentro del derecho mercantil, y que en la legislación sobre televisión o, también, como es el caso de España, sobre protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, exista tan solo una alusión tangencial a la actividad publicitaria como modalidad comunicativa³⁷.

Para el Tribunal Europeo la comunicación comercial, en la medida en que informa sobre las características de los bienes y servicios, o sobre cuestiones relacionadas con ellos que resultan de interés para el público, debe considerarse como una actividad que realiza el derecho a la información y a la libertad de expresión reconocidos en el Convenio.

Los casos *Barthold v. Alemania*, *Casado Coca v. España* y '*Mark Intern*' *verlag Gmbh* y *Klaus Beermann v. Alemania* recogen los principales argumentos del Tribunal Europeo en materia de comunicación comercial.

³⁵ De 8 de mayo de 1996, en COM (96), 192 final.

³⁶ *Ibidem*, 9.

³⁷ Ejemplos claros los constituyen la Ley 22/1999 de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CE sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su artículo único; y también la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, artículo 7.6.

En el caso *Barthold v. Alemania*, el objeto litigioso no era un anuncio o spot publicitario sino un artículo publicado en un diario con cuya difusión se había beneficiado el doctor Barthold –veterinario dueño de una clínica en Hamburgo– y su establecimiento. El gobierno alemán había insistido en que esa publicación constituía una actividad económica y que por lo tanto el artículo 10 del Convenio, sobre libertad de expresión y derecho a la información, era inaplicable. Sin embargo, el Tribunal Europeo señalaría que, independientemente de que el artículo le proporcionara al doctor Barthold un beneficio económico y de que fuera o no publicitario por su formato, la cuestión principal que determinaba si efectivamente podía hablarse del derecho a la libertad de expresión y a la información era el contenido del artículo. Y desde este punto de vista sí entraba en el ámbito de protección del artículo 10³⁸: “Es posible que las informaciones hubieran tenido un efecto publicitario para la clínica del Dr. Barthold y hayan molestado a sus colegas, pero en el caso de que tal efecto existiera, resulta accesoria desde el punto de vista del contenido del artículo y de la naturaleza de la cuestión que plantea para el público” (Barthold 40, p. 22 y 58, p. 25)

Argumentos semejantes empleará el Tribunal para dirimir el caso *Casado Coca v. España*, a pesar de que tanto el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional españoles consideraron que la publicidad era una actividad comercial sin conexión con el derecho a la información³⁹. La publicidad,

³⁸ “El Tribunal considera que sí es aplicable el artículo 10, sin necesidad de investigar en el caso si la publicidad como tal se beneficia o no de la garantía que asegura”.

³⁹ El Tribunal Supremo, Sala 4 de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de 23 de septiembre de 1988, excluye la actividad publicitaria del derecho a la información:

La publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el artículo 20 de la Constitución, ya que no se traduce en la mera expresión de un pensamiento, ideas, u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica ese precepto, sino la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad que altera la libre competencia que debe regirla y la defensa de los intereses de los posibles clientes que no pueden ser inducidos a acudir a un determinado despacho profesional en virtud de una publicidad que no es por su objeto identificable con la de un producto industrial o comercial, por lo cual cuando se trate de publicidad la norma constitucional invocada debe ser restringida en aras de los principios aludidos que enmarcan el ejercicio de una actividad profesional colegiada. [Fundamento jurídico 3, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 5 (1988) n.º 7252, 7075-7077].

El Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de amparo, el 17 de abril de 1989, recordando que la finalidad buscada por la publicidad está conectada con el ejercicio de una

insiste el órgano jurisdiccional europeo, “constituye un medio para conocer las características de los servicios y bienes que se le ofertan”, de ahí que sus limitaciones provengan habitualmente de la competencia desleal y de la publicidad engañosa, pero no puede excluirse que en determinados contextos, aún cuando su contenido sea verdadero, deba ser limitada por los derechos de los demás (Casado Coca 51, p. 20). La sanción que el Consejo General de la Abogacía había impuesto al abogado Casado Coca por realizar publicidad será considerada por la autoridad jurisdiccional de Estrasburgo como una injerencia justificada desde el artículo 10 (Casado Coca 57, p. 21).

El caso ‘Mark Intern’ verlag Gmbh y Klaus Beermann v. Alemania ofrece otros matices interesantes en la visión de la comunicación comercial del Tribunal. La revista *Mark Intern* defiende los intereses de pequeñas y medianas empresas del comercio detallista frente a la competencia de las grandes superficies y casas de venta por catálogo. Lo hace principalmente mediante la oferta de una información especializada que no suele encontrar espacio en la prensa convencional. El artículo que provocó el litigio entraba en esta línea. En él se relataba que un cliente había devuelto a una sociedad de venta por correo un producto, pero que no había percibido el dinero pagado por él; a la vez se abría una encuesta para animar a otros clientes perjudicados que narraran incidentes semejantes. El gobierno alemán estimó que, tanto por su contenido como por el tipo de actividades promovidas por *Mark Intern*, era discutible que el artículo entrara en el campo de aplicación del artículo 10 (*Mark Intern* 25, p. 16.). Sin embargo, el Tribunal consideró que, siendo cierto que “el artículo se dirigía a un limitado círculo de comerciantes, que no involucraba al público general y que las informaciones que contenía eran de carácter comercial”, sí debía valorarse desde el derecho a la información y a la libertad de expresión. En su opinión, el artículo 10 no puede entenderse que es válido únicamente para “determinados tipos de formas de expresión, información o ideas” (*Mark Intern* 25, p. 16).

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha interpretado el art. 10 del Convenio entendiendo que la comunicación comercial, en todas las variantes en las que pueda manifestarse, es una actividad en la que se realiza el derecho a comunicar y recibir información e ideas. La publicidad, para el Tribunal, es una forma de comunicación más y, desde el punto de vista del

actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Consiste en promover directa o indirectamente la contratación de bienes y de servicios, mientras que el derecho fundamental definido por el art. 20.1.d) tiene como finalidad permitir a los ciudadanos formar sus convicciones y participar en la discusión de los asuntos públicos.

Convenio, lo que interesa es el contenido por encima de la finalidad o el beneficio que pueda obtenerse a través de ella.

La finalidad económica que puede predominar en las comunicaciones comerciales no excluye que se tengan en cuenta otros aspectos también relevantes desde el punto de vista jurídico como es el hecho de que la publicidad sea una modalidad de comunicación social. Es aquí donde el órgano jurisdiccional europeo realiza una considerable aportación al derecho publicitario europeo. De algún modo sus planteamientos –muy acordes, por otra parte, con los expuestos por la Unión europea en el Libro Verde sobre *Las comunicaciones comerciales en el mercado interior*– al dar relevancia a la dimensión comunicativa de la publicidad, promueven un mayor equilibrio en el tratamiento jurídico de esta actividad.

5. Información y derecho a la crítica

El capítulo más importante de cuestiones valoradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el del conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor o a la reputación de los personajes e instituciones públicas. Son diez los casos en los que trata esta cuestión: *Barfod v. Dinamarca*, *Lingens v. Austria*, *Oberschlik v. Austria*, *Castells v. España*, *Thorgeir Thorgeirson v. Islandia*, *Schwabe v. Austria*, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi v. Austria*, *Prager et Oberschlick v. Austria*, *De Haes y Gijels v. Bélgica y Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega*.

Si hay algo característico de una sociedad democrática es la existencia del debate público sobre las cuestiones de interés general. Debate que básicamente se centra en una valoración crítica de la actividad política, de sus agentes e instituciones. Los medios de comunicación no se limitan a hacer de altavoz de las diferentes posiciones que pueden suscitarse sobre un tema, sino que ellos mismos son promotores del debate al sacar a la luz hechos que ponen de manifiesto las insuficiencias, errores, abusos, o el malhacer de los protagonistas del ámbito público. Es así como cumplen el papel que se les atribuye de “perro guardián” de la democracia.

Como señala el Código de Ética Periodística aprobado por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa en 1993, “la información y la comunicación como actividad periodística realizadas a través de los medios (...) son indispensables en la vida democrática, porque para que la democracia pueda desarrollarse plenamente, debe estar garantizada la participación de los ciu-

dadanos en los asuntos públicos. Algo que resultaría imposible si los ciudadanos no recibieran la información necesaria sobre los mismos, información que es la que deben proveerles los medios de comunicación”⁴⁰. Todavía más, el Consejo de Europa –por medio de esta resolución que viene a desarrollar el artículo 10 del Convenio– insiste en que los medios de comunicación en su actividad periodística deberían llegar a constituirse en “poderes y contrapoderes (‘mediocracia’) aunque no sean órganos de representación de los ciudadanos ni estén sujetos a los controles democráticos de los poderes públicos”⁴¹.

El derecho a la crítica, como aspecto ineludible de la función informativa sobre los asuntos públicos o, si se quiere, de la función de control-vigilancia de los medios en su actividad periodística, no es un derecho absoluto. Los derechos personales a la vida privada y al honor, junto con la exigencia del cumplimiento de unos mínimos deontológicos en la investigación y difusión de la información exigen la búsqueda de un difícil equilibrio.

El Tribunal Europeo interviene para realizar un notable esfuerzo por establecer criterios que permitan discernir en cada supuesto cuál es la medida prudencial de la crítica. A pesar de la diversidad de situaciones y circunstancias de los casos resueltos, el Tribunal los afronta desde una línea argumentativa común a partir de dos ideas:

a) la crítica tiene límites, incluso cuando se trata de un debate público sobre una cuestión de interés general (Handyside 48-50, pp. 22-24; Sunday Times 59, pp. 35-37; Lingens 65, pp. 40-41; Oberschlick 57-59, pp. 25-26; Observer y Guardian 59, pp. 29-30; Sunday Times n. 2, 50, pp. 28-29 y Castells 42-43 y 46, pp. 22-24);

b) la distinción entre los hechos y los juicios de valor (Lingens 65, pp. 40-41, Barfod 29, p. 18).

La cuestión de los límites, presente por otra parte en todas las legislaciones y aplicaciones jurisprudenciales sobre la materia en los Estados miembros, remite a la consideración del peculiar *status* del derecho al honor y a la vida privada de los hombres públicos.

Para el Tribunal, el político “está expuesto inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por parte de los periodistas como por parte de los ciudadanos, y por consiguiente, debe mostrar una gran

⁴⁰ Código de Ética Periodística, n.º 17, p. 5.

⁴¹ *Ibidem*, n.º 20, p. 6.

tolerancia, sobre todo cuando hace declaraciones públicas que son susceptibles de crítica. El político tiene derecho a la protección de su honor, incluso cuando no actúa en privado, pero las exigencias de esa protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las ideas políticas" (Oberschlick 59, p. 26; Lingens 65, pp 40-41 y Barfod 29, p. 18). Es decir, los límites entre el derecho a la crítica y el derecho al honor y a la vida privada "están más difuminados cuando se trata de un político, por su cualidad de personaje público".

Desde este punto de vista, el interés público demarca un ámbito de información en el que determinados aspectos de la actividad política, de la vida judicial, o de otras áreas institucionales de una sociedad necesariamente deben estar presentes. La duda se plantea cuando no resulta fácil delimitar hasta qué punto elementos de la trayectoria personal de sus protagonistas tienen proyección en esas actividades públicas. El Tribunal da a entender que si esa proyección de lo privado en lo público es evidente, entonces es una exigencia del derecho a estar informado el que aparezcan en los medios de comunicación.

Pero el segundo de los criterios aplicados por el órgano jurisdiccional europeo en la delimitación del conflicto entre derechos aporta posibilidades más concretas para la valoración de una información conflictiva. Al distinguirse entre los hechos y los juicios de valor, una de las consecuencias inmediatas es que los datos sobre los acontecimientos de los que se informa son susceptibles de la prueba de la verdad; es exigible la veracidad, acudir a las fuentes significativas, el contraste de informaciones, todo lo que permite hablar de una verdad informativa y que es garantía de la credibilidad del periodista.

Por el contrario, las opiniones, las interpretaciones, los juicios, cualquiera de las modalidades valorativas de los hechos sobre los que se informa no pueden ser objeto de la prueba de la verdad (Oberschlick 63, p. 27 y Schwabe 34, p. 34). En estos parámetros sólo cabe hablar de la honestidad del profesional que valora, critica o interpreta partiendo del conjunto de sus conocimientos, en los que se integra la información obtenida sobre el asunto particular de que se trate. Las quiebras en este punto se producen cuando o bien falta un mínimo conocimiento exigible en el profesional, o bien cuando por encima del conocimiento se instalan los propios intereses del periodista o de su medio de comunicación, produciendo las correspondientes distorsiones de la realidad.

El Tribunal parte del presupuesto de que en la actividad periodística hechos y opiniones van indisolublemente unidos; por eso señala que si bien

en estos últimos no cabe aplicar la prueba de la verdad, sí la admiten los hechos en los que se basa el juicio de valor: "Los hechos fundantes pueden ser o no correctos y, a través de ellos, es posible comprobar si existe buena fe por parte del periodista" (Oberschlick 37, p. 18).

6. *Secreto profesional*

Desde su primer reconocimiento legal en 1898, en el estado norteamericano de Maryland, el secreto profesional se ha configurado como un deber del periodista que consiste básicamente en mantener la confidencialidad de la fuente de información. Algunos ordenamientos jurídicos han ampliado un poco más el ámbito del secreto profesional y lo han extendido a la posibilidad de eximir al periodista de la obligación de actuar como testigo en un proceso judicial. Así sucede en Estados Unidos, donde este deber del informador recibe el significativo nombre de "Newsperson's Privilege"; y ya en el ámbito europeo, existe un tratamiento semejante del secreto profesional periodístico en el Reino Unido, en Alemania y en Francia⁴². En España esta prerrogativa del periodista tiene reconocimiento constitucional, pero se limita al enunciado del art. 20.1.d: "(...)La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional(...)". La nece-

⁴² En el Reino Unido el secreto profesional periodístico se contempla en la Section 10 de la *Contempt of Court Act* de 1981: "No court may require a person to disclose, nor is any person guilty of contempt of court for refusing to disclose, the source of information contained in a publication or wick he is responsible, unless it be established to the satisfaction of the court that disclosure is necessary in the interests of justice or national security or for the prevention of disorder or crime".

En Alemania la Ley 24.7.75 sobre el derecho a rehusar el testimonio por parte de los profesionales de la prensa y radio, que añade en la *Strafprozessordnung* un apartado referido al secreto profesional: "Las personas que en la preparación, producción o difusión de obras impresas o emisiones de radio colaborasen profesionalmente o hubieran colaborado, sobre la persona del autor, remitente o corresponsal de contribuciones y datos, así como sobre las comunicaciones hechas a ellos en relación con su actividad, en cuanto que se tratase de contribuciones, datos y comunicaciones destinadas a la parte de la redacción".

En Francia la Ley de Procedimiento Penal, de 4 de 1993, n° 93-2, art. 109 señala: "Tout journaliste entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine".

DERIEUX comenta al respecto que sería suficiente con que el periodista fuera considerado como cómplice o encubridor para hacerle perder el beneficio de esta protección (cfr. voz "Journalistes", en *Recueil de travail Dalloz*, 1997, p.16).

saría remisión al uso profesional de esta figura permite hablar de un secreto profesional cuyo objeto exclusivo es preservar la identidad de la fuente⁴³.

Es una institución necesaria en la actividad periodística. Sin su existencia, mucha información no sería dada a conocer, ni sería posible la continuidad en la obtención de información confidencial, tan imprescindible para el desarrollo del periodismo de investigación. Pero para que realmente constituya una garantía, el secreto debe ampliarse aún más. Y al menos uno de los casos que resuelve el Tribunal Europeo señala esta necesidad.

Se trata del caso *Fressoz y Roire v. Francia*. En él, dos periodistas del "Cannard enchaîné" habían difundido una información referente a los impuestos de un directivo de empresa, y fueron condenados por la revelación de este material que sin duda provenía de la violación del secreto por parte de un funcionario. La finalidad de tal injerencia de la autoridad había sido "proteger la reputación de una persona e impedir la divulgación de información confidencial" (*Fressoz y Roire* 43, p. 13). La policía había obligado a los periodistas a que entregaran los documentos que les habían sido remitidos. Fue precisamente el análisis de este material lo que permitió establecer que se trataba de una copia de ejemplares que pertenecían a la administración fiscal. Si la identificación de las huellas del funcionario que vulneró el secreto hubiera sido posible, entonces la obligación de entregar los documentos habría significado a la vez la condena del periodista y de su fuente, desvelada por ese procedimiento. La garantía del secreto profesional periodístico se habría quedado sin ningún efecto⁴⁴.

En cualquier caso, sí se suscita la duda de si los periodistas tienen obligación de guardar la confidencialidad de una información a la que han tenido acceso precisamente por la vulneración del secreto por parte de otra persona. ¿Hasta qué punto el secreto profesional puede también encubrir a la fuente que ha actuado de una manera ilícita para poder ofrecer al periodista una información relevante? En Francia, en los sucesivos procesos judiciales no se había podido demostrar que el expediente proviniera de un funcionario de la administración fiscal. Y, por otra parte, la publicación parcial de ese documento había permitido a los periodistas demostrar la veracidad de las informaciones que ofrecía el "Cannard enchaîné". *Fressoz y Roire v. Francia* pone

⁴³ El ejemplo más representativo lo constituyen los Estatutos de Redacción de los medios de comunicación: *El País*, 1980, n° 8; *El Mundo*, 1990, art. 8; *La Voz de Galicia*, 1988, IV, arts. 7-10; *La Vanguardia*, 1991, n° 3.

⁴⁴ COHEN-JONATTAN, G. y DREYER, E., "Recel de violation de secret professionnel et garantie de la liberté d'information", *Legipresse*, 160-II, 1999, p. 40.

de manifiesto la vulnerabilidad del secreto profesional tal y como hoy se encuentra protegido. De hecho, en los procedimientos penales en los que el periodista esté encausado como cómplice o encubridor es muy fácil identificar sus fuentes sin que el profesional se vea en la necesidad de traicionarlas⁴⁵.

En el caso *Goodwin v. Reino Unido* se presenta también el mismo conflicto entre secreto profesional-información relevante y actuación desleal de una persona. Un reportero –M. William Goodwin– se había negado a revelar la fuente que le proporcionó información confidencial sobre la difícil situación financiera de una empresa. No se llegó a publicar en ningún medio la noticia. A pesar de todo, las autoridades judiciales británicas requirieron la confesión de la fuente al periodista con el fin de que la empresa pudiera perseguir a quien había vulnerado la confidencialidad de la información. En este caso, sin enfrentarse directamente a la hipótesis de que el secreto proteja también a unas fuentes que han actuado ilícitamente, el Tribunal reduce considerablemente la posibilidad de obligar a los periodistas a que las desvelen, al señalar que sólo si existiera un “imperativo preponderante de interés público” podría justificarse la exigencia al periodista de revelar las fuentes. Y en los casos juzgados, ni la amenaza de daño a una empresa, ni la necesidad de desenmascarar al empleado o colaborador desleal, ni el perjuicio provocado a una persona constituían un imperativo preponderante de interés público⁴⁶. No cabe duda de que la decisión del Tribunal supone una garantía para el género del periodismo de investigación, puesto que la presencia de un interés público informativo –aspecto que debe sopesar el periodista siempre que accede o que difunde una noticia conflictiva– justifica la difusión de una información, aun cuando su fuente haya actuado ilícitamente.

Por lo tanto, parece lógico que, exceptuando las situaciones más graves –como pueden ser la comisión de delitos que afectan a las personas en su vida, integridad, salud, libertad o libertad sexual⁴⁷–, el secreto profesional amplíe su protección a todo el material –documentos, notas tomadas por el periodista, grabaciones, etc.– que directa o indirectamente puedan dar lugar al descubrimiento de la fuente, aun cuando ésta haya actuado de manera ilícita.

⁴⁵ AUVRET, P., “La protection des sources des journalistes”, Fasc. n° 447, p. 15, en *Droit de la Presse*, cit. por COHEN-JONATTAN, G. y DREYER, E., op.cit.

⁴⁶ No se ha podido acceder al texto del *Recueil*, se ofrece la versión de *Legipresse*, 132-III, 1996, p. 73.

⁴⁷ Límites que establece, por ejemplo, el Código Penal español para la omisión del deber de impedir delitos y de promover su persecución, en el art. 450.

Es cierto que las resoluciones del Tribunal Europeo se mantienen al margen de esta cuestión central, se limitan a señalar –en *Fressoz y Roire v. Francia*– que ninguna presunción puede permitir condenar por encubrimiento a un periodista, sin haber identificado a los autores de la infracción principal. Planteamiento que no resuelve el tema de fondo: que para garantizar la eficacia del secreto profesional debe considerarse incluido en su objeto, además de la identidad de la fuente, el material que obra en poder del periodista –facilitado o no por su fuente– que ponga en peligro su confidencialidad.

Sin embargo, la aportación más reseñable del Tribunal será su afirmación del secreto profesional como elemento imprescindible para la tarea periodística. Así, frente a la argumentación de los jueces ingleses –en *Goodwin v. Reino Unido*– de que “si una persona se encuentra implicada, sin culpa por su parte, en los actos delictivos de otra, hasta el punto de facilitárselos, no deberá responder directamente por la omisión de esos actos, pero sí tendrá el deber de asistir a quien resulte dañado por ellos con la revelación de la identidad del autor directo”⁴⁸, el órgano jurisdiccional insistirá en que “la protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa” y que “la ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre las cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa estaría en menos condiciones de jugar el papel de ‘perro guardián’ y su capacidad para elaborar informaciones precisas y fiables podría verse disminuida”⁴⁹.

7. Los juicios paralelos en los medios de comunicación

Los medios de comunicación siempre se han sentido atraídos por los sucesos trágicos y por aquellos otros que, sin serlo, devienen en un tipo de presentación ante la sociedad que resulta particularmente interesante, como ocurre con los juicios sobre hechos ya difundidos por los medios. La dinámica contradictoria de los procesos, la incertidumbre del desenlace final y los incidentes que acontecen en el transcurso del juicio son algunos de los elementos que llaman la atención de lectores, radioyentes y audiencia en general. Y habitualmente los periodistas –en prensa, radio, televisión, ahora en

⁴⁸ *Legipresse*, 132-III, 1996, p. 74.

⁴⁹ *Legipresse*, 132-III, 1996, p. 75.

páginas *web* y, de otro modo, en el cine— hablan de todo esto. Es lógico que sea así cuando los hechos que se juzgan son —o han sido en su momento— de trascendencia pública; como también es lógico pensar que las informaciones y opiniones que se viertan acerca de un asunto que esté en trámite de resolución judicial puede verse afectado por esas informaciones y opiniones difundidas por los medios de comunicación⁵⁰.

El tono de la queja por la actuación de los periodistas suele ser diferente dependiendo de quien provenga. Los jueces interpelan a los informadores porque consideran que pueden interferir en el curso de procedimiento y porque no pueden sino rechazar la usurpación de funciones con las que amenazan los medios de comunicación; los acusados suelen quejarse de que se les ha condenado antes del juicio y de que no se ha respetado su derecho a la presunción de inocencia. Pero a los medios siempre se les reconoce su influencia, en un sentido o en otro, y resulta difícil admitir que puedan informar con objetividad en un proceso abierto que, por el motivo que sea, haya sido centro del interés de los medios. Entendiendo aquí por objetividad limitarse a relatar los sucesos, dar fe de los nuevos datos que van apareciendo sobre ellos, o hacer la crónica del transcurso de los diferentes momentos del procedimiento, etc. sin entrar a valorar, opinar, o juzgar sobre lo que está aconteciendo en los tribunales.

Este mismo tipo de cuestiones se plantearon en los casos *Worm v. Austria* y *Sunday Times v. Reino Unido*.

Especialmente significativa resulta la argumentación del Tribunal en el caso *Worm v. Austria*. Se trataba de analizar la condena a un periodista por haber publicado un artículo sobre el juicio al que estaba siendo sometido un ex-vicecanciller y ex-ministro de finanzas por fraude fiscal. En él realizaba una descripción desde el punto de vista psicológico de la actuación del presidente del tribunal, del procurador, del abogado defensor, y del acusado y mostraba su convencimiento de que el ex-vicecanciller sería condenado. Aunque del estilo y del contenido del artículo de *Worm* no podía deducirse una influencia en el proceso penal en cuestión, el hecho de que el periodista fuera tenido por el público austríaco como buen conocedor del caso —puesto que había escrito numerosas crónicas acerca de él— y de que gozara de un especial crédito sí podía haber determinado la actuación de los jueces no profesionales en el proceso.

⁵⁰ Un episodio significativo en este sentido fue la retransmisión por una cadena estadounidense, en 1995, del juicio de O.J. Simpson, y la repercusión que tal difusión pudo tener en el veredicto final.

Es curioso que el Tribunal haya tenido tan en cuenta el hecho de la credibilidad del profesional como una circunstancia decisiva para resolver el conflicto entre información-garantía de la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Porque no ha sido tanto el contenido o el enfoque de su crónica como el ser conocido por el público como un experto en el tema lo que ha decidido que se considere justificada la condena del periodista.

Para el órgano jurisdiccional de Estrasburgo, “las restricciones a la libertad de expresión que reconoce el artículo 10 ‘para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial’ no permiten a los Estados limitar todas las formas de debate público sobre cuestiones que estén resolviéndose en los tribunales” (Worm 50, p. 21). El que los jueces sean quienes tienen la competencia para pronunciarse sobre la culpabilidad o la inocencia de una persona, no significa que las cuestiones objeto de un procedimiento judicial no puedan dar lugar a discusiones en las revistas especializadas o en la prensa general tal y como antes había repetido el Tribunal europeo en el caso *Sunday Times v. Reino Unido* (65 p. 40). Pero el Tribunal es consciente del riesgo que suponen los espectáculos mediáticos de los juicios paralelos y advierte sobre ellos: “A largo plazo, pueden llegar a tener consecuencias nefastas para el reconocimiento de los tribunales como órganos cualificados para juzgar la culpabilidad o inocencia en una acusación penal” (Worm 54, p. 23 y *Sunday Times* 63, p. 39). Y esta será la circunstancia principal que valore en el caso que se le había presentado en Austria.

El riesgo de cercenar la autoridad e incluso de restar credibilidad a los tribunales no se había producido con el artículo del *Sunday Times* sobre el gravísimo sucedido de los niños de la talidomida. En esta ocasión el periódico había recibido la prohibición de publicarlo por entender que constituía un *contempt of court* –un comentario sobre un procedimiento en trámite que podía obstruir la libre administración de justicia– (*Sunday Times* 8, p. 8). El artículo prohibido –aún no se había publicado, tan sólo había sido anunciado– iba a versar sobre los resultados de la investigación llevada a cabo por reporteros del periódico sobre los orígenes de la tragedia causada por el medicamento. Su difusión muy posiblemente dificultaría las negociaciones que en esos momentos se estaban llevando entre la compañía farmacéutica responsable y los padres de niños afectados con malformaciones. El *Sunday Times* sólo fue el promotor de una campaña protagonizada también por otros medios de comunicación y que contribuyeron sin duda a una negociación en términos más justos.

En esta ocasión el Tribunal Europeo declaró que, sin traspasar los límites fijados por una buena administración de justicia, “la prensa es competente

para informar sobre cuestiones que afecten a los tribunales y al interés público, más aún cuando esta función de comunicación está en íntima relación con el derecho del ciudadano a recibirla y a estar informado” (Sunday Times 54, p. 33).

Queda claro que convertir en espectáculo una crónica de tribunales distorsiona la función de comunicar sobre asuntos de interés general y puede llegar a distorsionar la misma administración de justicia. Y es esto, la espectacularización, lo que el Tribunal considera inadmisibile en el ejercicio del periodismo. Pero informar acerca de materias que son de interés para una mayoría de ciudadanos, aun cuando éstas sean objeto de un proceso judicial, es, y así lo expresa el mismo órgano jurisdiccional europeo, una competencia de los medios de comunicación en su actividad periodística. Se exige por lo tanto al profesional de la comunicación tener la medida justa del cómo informar sobre estos acontecimientos, y esto en función del derecho del ciudadano a la información.

8. *La creación de medios de comunicación*

El Tribunal de Estrasburgo ha seguido en su jurisprudencia la evolución de la mayoría de países europeos en materia de radiodifusión. Si hasta los años ochenta era prácticamente indiscutible que la radio, la televisión y las telecomunicaciones eran servicios públicos de titularidad pública, poco a poco se ha ido viendo el régimen de concesiones como una forma –ciertamente limitada– de hacer participar a los gestores privados en la radiodifusión, evitando de esta manera cualquier tipo de monopolio. En los últimos veinte años el panorama tecnológico y mediático ha cambiado tanto que lo que se plantea es la misma redefinición de la radiodifusión pública, muy en concreto de la televisión pública.

El texto del Convenio no da demasiadas posibilidades de interpretación al Tribunal en lo que se refiere al derecho a crear medios de comunicación. El artículo 10 §1 deja claro que los derechos reconocidos –libertad de expresión y derecho a información– no impiden “que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”. Y en los primeros años de vigencia del Convenio –tal y como ocurría por otra parte en los países europeos en esos momentos– hablar de un régimen de autorización previa equivalía en la práctica a un quasimonopolio estatal. Posteriormente el Tribunal romperá con esta interpretación del texto. A la par que también lo han ido haciendo los diferentes Estados

Europeos con respecto a sus propias normas sobre radiodifusión⁵¹. Un testimonio reciente por parte de aquellos que pertenecen a la Unión Europea ha sido el Protocolo sobre el Sistema de Televisión Pública, añadido al Tratado de Amsterdam⁵², en el que se señala que “el papel de servicio público de la radiodifusión entronca con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo en los medios de comunicación”.

La mayoría de los Estados europeos comparten la convicción de que es cada uno de ellos quien debe definir y organizar la radiodifusión pública de la forma que considere más apropiada, sin que esta potestad de organización signifique la exclusión de los actores privados. Ahora bien, la duda surge —de ahí la necesidad de redefinición— en si se establece un régimen absolutamente distinto para la televisión pública y para la televisión privada, y en si las exigencias de servicio público —en términos de financiación y también en términos de calidad de los programas, atención a audiencias minoritarias, etc.— sólo deben estar presentes en la primera. En cualquier caso, un elemento clave que todos reconocen en la radiodifusión pública es el papel del Estado como agente garantizador del pluralismo, realidad imprescindible en una sociedad democrática.

El Tribunal Europeo se hace eco de este razonamiento de la necesidad de una garantía del pluralismo; y en las situaciones en las que la denegación de una autorización, o una orden de cierre de un medio han aparecido como opuestas a las libertades del Convenio, ha invocado el papel de Estado como único garante del pluralismo informativo para justificar tales acciones. Argumento al que acude en el caso *Informationsverein Lentia v. Austria* (aunque aquí el Tribunal dará la razón a los promotores de una red de cable frente a las pretensiones del gobierno): “Para que la libertad de expresión, sobre todo a través de la prensa, cumpla la función de comunicar informaciones e ideas de interés general a las que el público tiene derecho, debe existir pluralismo informativo, del cual el Estado es el último garante. Y esto es especialmente válido si se habla de los medios audiovisuales, cuyos programas suelen tener una difusión muy amplia” (*Informationsverein Lentia* 38, p. 16). En Austria, Estado demandado en esta ocasión, la Ley constitucional

⁵¹ En el caso de España de manera expresa se incide en esto en las dos sentencias del Tribunal Constitucional que determinaron el régimen de la televisión: la 12/1982, de 31 de marzo (en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 12, 1982); y la 31/1994, de 31 de enero, (en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 155, 1994).

⁵² Tratado de 17 de junio de 1997, que revisa los Tratados de la Unión Europea.

sobre la radiodifusión había instituido un sistema de concesión administrativa justificada precisamente por los objetivos de pluralismo e independencia informativos (Informationsverein Lentia 10, p. 8). Sin embargo, el Tribunal Europeo considerará que el sistema de concesión no es suficiente para respetar los derechos reconocidos en el art. 10 del Convenio; puesto que tal y como ha ocurrido en la práctica en otros países, frente al quasimonopolio estatal caben también otras medidas menos restrictivas aún y que sin duda consiguen los mismos objetivos, tales como los títulos habilitantes o el acceso a la participación privada en las actividades de radiodifusión pública (Informationsverein Lentia 39, p. 16). Para el Tribunal, la ausencia de estas posibles alternativas, dándose a la vez la experiencia de varios países europeos en los que funcionan con éxito –de hecho evitan las posiciones monopolísticas privadas–, corroboran que la negativa de licencia en el supuesto que se presentaba resulta desproporcionada (Informationsverein Lentia 43, p. 17).

Pero lo que sobre todo se va a manifestar en la jurisprudencia del órgano jurisdiccional es la necesidad de aplicar el Convenio a partir de los cambios que se van produciendo en el ámbito de la radiodifusión. En *Informationsverein Lentia v. Austria* se da por supuesto la necesidad de matizar la interpretación, pero en *Groppera Radio y otros v. Suiza y Autronic A.G. v. Suiza*, la cuestión se plantea de manera directa.

En el caso *Groppera Radio y otros v. Suiza*, el Tribunal señala cómo ha sido principalmente el cable lo que ha exigido flexibilizar el sentido del artículo 10.1 *in fine*:

La inserción de la cláusula litigiosa, en un estadio avanzado del trabajo preparatorio del Convenio, ha tenido como origen diversas consideraciones técnicas y prácticas, además del hecho del reducido número de frecuencias disponibles y de las importantes inversiones que requieren la instalación de emisoras. Asimismo refleja la preocupación política de la mayor parte de los Estados porque la radiodifusión se preserve al Estado. Desde aquí, la evolución de los puntos de vista y del progreso técnico, en particular la transmisión por cable, ha supuesto en numerosos países de Europa la abolición de los monopolios públicos y la creación de estaciones privadas de radio –frecuentemente locales– además de las emisoras públicas. En cualquier caso, los sistemas nacionales de autorización se imponen no sólo para una regulación de las empresas de radiodifusión a nivel nacional, sino también en gran medida para hacer efectivas las normas internacionales, en concreto la número 2020 del Reglamento de Radiocomunicaciones (*Groppera Radio y otros* 60. p. 23).

Otro aspecto interesante de la argumentación del órgano jurisdiccional será su afirmación de que las posiciones monopolísticas –públicas o privadas– son difícilmente compatibles con el Convenio, a la vez que apuesta por una coexistencia de estaciones públicas y privadas: “En la actualidad no existen los condicionamientos técnicos y prácticos que motivaron su inclusión (se refiere a la cláusula del régimen de autorización previa estatal) en el Convenio, pero sigue estando presente la necesidad de respetar el orden internacional de las telecomunicaciones (Gropper Radio y otros 59, p. 23).

Un tipo diferente de razonamiento emplea el Tribunal en *Autronic A.G. v. Suiza*. Aquí se aborda directamente la cuestión de si no debería tenerse más en consideración la evolución técnica y jurídica para aplicar de manera adecuada –tanto en el plano europeo como en el nacional– la legalidad existente. Ante la restricción que se había impuesto para la recepción de información desde un satélite de difusión directa, el órgano europeo estimará que en aras a esa evolución a la que apelaba Suiza –y que efectivamente el tribunal considera que es factor hermenéutico del texto del Convenio– debía tenerse en cuenta tanto la puesta en marcha de varios satélites de telecomunicación que emitían programas televisivos como, ya en el plano jurídico, la firma el 5 de mayo de 1989 del Convenio europeo de televisión transfronteriza, dentro del Consejo de Europa, y las autorizaciones que ya habían dado varios Estados miembros para la captación de emisiones televisadas provenientes de satélites de telecomunicaciones (*Autronic A.G.* 62, p. 27).

En definitiva, la rapidez de los cambios tecnológicos en radiodifusión en contraste con la relativa lentitud de las regulaciones ha obligado a los tribunales de los Estados europeos a optar por una línea conservadora –de alargar la espera hasta que los legisladores nacionales crearan la normativa adecuada, caso, por ejemplo, de la primera sentencia sobre televisión privada en España– o rupturista –cuando, como en el caso de la segunda sentencia sobre dos televisiones de cable en España, frente la “no norma” se permite que los hechos se impongan. Ante la diversidad de situaciones en cada uno de los Estados miembros y ante la necesidad de una redefinición de la radiodifusión pública –particularmente de la televisión– el Tribunal de Estrasburgo ha optado por flexibilizar la interpretación del artículo 10 de Convenio, siempre dentro de una línea muy moderada, situándose a la zaga de los presupuestos que sobre la materia ha acordado la Unión Europea.

9. Conclusión

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha constituido en una referencia necesaria para la garantía del derecho a la información en el ámbito geográfico de Europa. Su comprensión de la comunicación comercial como una de las formas de realización de la libertad de expresión y del derecho a la información, la atención al fenómeno de los juicios paralelos en los medios de comunicación y la defensa de figuras clásicas de la actividad periodística como el secreto profesional son buena muestra de su esfuerzo en la búsqueda de lo justo en la variedad de situaciones que se le han presentado.

Sus aportaciones más significativas, a la luz de las resoluciones estudiadas, se sitúan en el ámbito de las informaciones conflictivas. En mi opinión, estas aportaciones pueden sintetizarse en la adopción de una serie de criterios para delimitar la frágil frontera entre el derecho a la crítica y los derechos al honor y a la vida privada, así como para argumentar la especial protección del menor frente a los mensajes pornográficos.

Queda, sin embargo, al Tribunal la tarea de delimitar conceptualmente las ideas básicas de libertad de expresión y derecho a la información, algo que le facilitaría una correcta valoración de los aspectos que convergen en cada caso, sin incurrir en contradicciones. Y, aunque quede en un *desideratum*, el órgano jurisdiccional europeo debería convertirse en un coactor de la creciente liberalización de los medios de comunicación audiovisuales, sin limitarse a ir a la zaga de las iniciativas adoptadas por la Unión Europea.

Bibliografía citada

- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (pr.), *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de derechos humanos: Comentarios a la línea jurisprudencial administrativa del Tribunal de Estrasburgo*, Civitas, Barcelona, 1996.
- COHEN-JONATTAN, G. y DREYER, E., "Recel de violation de secret professionnel et garantie de la liberté d'information", *Legipresse*, 160-II, 1999.
- EISSEN, M.-A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (trad.), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1985.
- FREIXES SAN JUAN, T., *Las libertades informativas e integración europea*, Colex, Madrid, 1996.
- RIPOL CARULLA, S., *Las libertades de información y de comunicación en Europa*, Tecnos, Madrid, 1995.